

MEDIDAS PROVISÓRIAS — A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Leomar Barros Amorim^(*)

Parte I. 1. Introdução. 2. O fenômeno contemporâneo dos atos de urgência e a necessidade política. A legislação governamental. 3. A experiência italiana. Parte II. 4. Conceito e natureza jurídica. 5. Pressupostos habilitantes: relevância e urgência. 6. A reedição de medida provisória. 7. Âmbito temático de desenvolvimento. Limites materiais. 8. A disciplina das relações jurídicas decorrentes de medida provisória rejeitada. 9. Controle jurisdicional. 10. A proposta de limitação do âmbito temático das medidas provisórias por meio de lei complementar. A inconstitucionalidade da proposição. 11. Conclusões. 12. Bibliografia.

PARTE I

1. Introdução

Um dos temas que mais tem atraído a atenção dos juristas hoje no Brasil é o das *medidas provisórias*, que são atos legislativos extraordinários adotados pelo Chefe do Poder Executivo da União, com fundamento no art. 62 da Constituição brasileira, sempre que ocorram os pressupostos habilitadores para sua emissão, que são a *urgência* e a *relevância* da matéria a ser veiculada.

E esse notável destaque e atenção que as medidas provisórias estão a merecer, principalmente nos meios políticos e forenses, resulta sobretudo do seu uso abusivo pelo Chefe do Executivo Federal, que na prática fez tábula rasa dos pressupostos do provimento de urgência e, portanto, letra morta às limitações expressas no art. 62 da Constituição.

Assim é que hoje, no Brasil, nas situações mais banais e inusitadas e sobre qualquer assunto, editam-se medidas provisórias como são exemplos, entre cente-

(*) Juiz Federal da Seção Judiciária do Maranhão.

nas, a de n. 16, que estabelece as condições para emissão de letras hipotecárias, a de n. 19, que dispõe sobre o registro provisório de estrangeiro ou a de n. 62, que limita a sete o número de Zonas de Processamento de Exportação (ZPE). Rigorosamente, em nenhuma dessas medidas provisórias acham-se presentes a urgência e a relevância (ou pelo menos a urgência) a autorizar a deflagração da competência legislativa extraordinária do Presidente da República, prevista no art. 84, XXVII, da Constituição Federal (CF).¹

Um dos momentos paroxísticos no uso abusivo dessas medidas ocorreu com a Medida Provisória 111, de 24/11/1989, que instituiu a *prisão provisória* de suspeito de autoria ou participação em determinados crimes, mas que caducou, perdendo sua eficácia jurídica por falta de conversão.

Tão grave e preocupante quanto o desvio de finalidade dado às medidas provisórias é a omissão do Parlamento, que tem a responsabilidade, antes de deliberar sobre seu mérito, de proceder ao controle político dos pressupostos a que se refere o art. 62 da CF.

Esse controle, de acordo com o art. 5º da Resolução n. 01, de 03/05/1989, do Congresso Nacional, deve ser feito no prazo de cinco dias, por uma comissão mista, integrada por senadores e deputados federais. A comissão tem a incumbência de emitir parecer acerca da admissibilidade total ou parcial da medida provisória no que concerne à urgência e relevância da matéria, sendo certo que a competência definitiva sobre o assunto será sempre do Plenário do Congresso Nacional.²

A prática parlamentar, no entanto, tem revelado a inocuidade de tal fiscalização e permitido ao Presidente da República exercer uma competência legislativa ordinária paralela ao Congresso Nacional, em aberto e manifesto desafio às prerrogativas do Parlamento e com grave e nefasta violação do princípio da separação dos Poderes.

Grande parte dos problemas surgidos com o uso das medidas provisórias já haviam sido experimentados pela Itália, donde importamos *ipsis litteris* o instituto, e poderiam ser evitados se o tema houvesse merecido atenção e debate sério na Constituinte. Entretanto, ao que tudo indica, sequer os constituintes conheciam a prática parlamentar dos *provvedimenti provvisori* na Itália e, muito menos, os debates doutrinários lá desenvolvidos sobre a matéria. No afã de substituir no plano formal o autoritário decreto-lei do regime decaído pela medida provisória, esqueceram-se de estabelecer os limites materiais do novo instituto.³

No presente trabalho, para melhor enquadramento, compreensão e estudo dessas medidas, julgamos conveniente dividi-lo em duas partes. Na primeira, vamos examinar, ainda que perfunctoriamente, o fenômeno contemporâneo da legislação governamental, bem como a prática parlamentar das medidas provisórias na Itália, país onde fomos haurir o instituto sem esquecer, no entanto, que as realidades cultural e política do Brasil e do país peninsular são bem distintas, daí a necessidade de proceder às necessárias adaptações doutrinárias para a compreensão do instituto.

Num segundo momento, vamos discutir as principais questões que têm surgido na prática parlamentar das medidas provisórias no Brasil.

2. O fenômeno contemporâneo dos atos de urgência e a necessidade política. A legislação governamental

2.1 O aparecimento da legislação de urgência

O monopólio da atividade legiferante pelo Parlamento, em grande medida, coincide com o período do chamado Estado Liberal, em que os direitos fundamentais são proclamados em nível abstrato máximo, entretanto sem concretização ou pouco concretizados na realidade empírica pelos governos.

Essa supremacia do Legislativo na feitura das leis é tributária da concepção montesquieuniana da cisão das funções estatais: a função legislativa é atribuição privativa do Parlamento, cujo ato típico é a lei.

Sucedo, no entanto, que esse dogma começa a ser perturbado a partir da segunda metade do século XIX, com a Revolução Industrial, que altera profundamente as relações sociais e, *ipso facto*, vai reclamar do Estado uma legislação específica para regular os conflitos emergentes da nova ordem sócio-econômica, nomeadamente as relações entre o capital e o trabalho. É, portanto, no período de mutação do Estado Liberal para o Estado Social que paralelamente as atribuições substantivas do Parlamento, em parte considerável, vão migrar para o Poder Executivo.

O declínio do Parlamento na atribuição de fazer as leis e a ascensão acentuada do Executivo nesse mister têm várias explicações. Neste trabalho, no entanto, vamos examinar o fenômeno sob duas vertentes principais, procurando esclarecer como ele ocorre. Pode-se dizer que a legislação governamental surge, por um lado, em decorrência da crise do Parlamento, em face da sua quase paralisação, e, do outro, como resultado do fenômeno praticamente universal do estado de necessidade legislativa com que se defrontam os Estados contemporâneos, sobretudo a partir da Primeira Guerra Mundial.⁴

Com efeito, no período de mutação do Estado Liberal para o Estado-Providência, em que este é chamado a intervir no domínio econômico e social, sobretudo para proteger os excluídos, ficou constatado que o Parlamento não estava adaptado aos novos tempos e, portanto, a adotar com presteza e eficácia as providências legislativas exigidas.

O emperramento do Legislativo decorre do fato de ter-se transformado em Assembléias marcadas por profundas divergências ideológicas, decorrentes sobretudo da universalização do sufrágio que nelas vai refletir-se nos grupos heterogêneos, que procurarão defender interesses pessoais.

O Legislativo, assim, como centro de discussão de interesses por vezes inconciliáveis na feitura das leis, passa a alargar inutilmente o debate parlamentar,

sem dar a necessária e adequada solução às situações emergentes da nova realidade social.

Além disso, a intervenção estatal passa a reclamar soluções rápidas e, até mesmo, sigilosas para surtirem o necessário efeito, o que dificilmente poderia compatibilizar-se com o debate político, mesmo porque muitos dos grupos representados no Parlamento poderiam ser afetados pelas medidas.⁵

Se os circunstancialismos que se acabam de expor explicam em grande parte a legislação do Executivo, é, no entanto, o chamado estado de necessidade legislativa que vai consolidar em definitivo o fenômeno.

De fato, as graves crises surgidas principalmente durante e após a Primeira Guerra Mundial vão exigir do Estado a adoção de medidas urgentes e necessárias para a tutela de relevantes interesses públicos ameaçados. Sucede que os Estados, na altura, não estão preparados para enfrentar os desafios, muitos dos quais imponderáveis, considerando sobretudo que os ordenamentos constitucionais são organizados para as épocas de normalidade, e não de crises.

Assim, nas crises resultantes de guerras, perturbação da ordem pública, greves etc., passaram-se a adotar medidas legislativas não previstas na Constituição para afrontar as situações, justificadas no denominado “Estado de Necessidade”, tomado de empréstimo ao Direito Penal, como causa excludente da ilicitude do ato.⁶

Com o evoluir dos tempos, passou-se a admitir, sobretudo nos Estados europeus de índole liberal, que o Executivo adotasse medidas não estabelecidas em lei, desde que estivessem em jogo os altos interesses do Estado, tal como estado de sítio, poderes extraordinários em situações de guerra e os decretos com força de lei.

Em face da realidade que veio demonstrar a inevitabilidade da legislação do Executivo em tempos de crise, os ordenamentos jurídicos passaram então a juridicizar o fenômeno sob *nomen iuris* diversos (decretos-leis, medidas provisórias etc.), mas que ontologicamente têm a mesma finalidade: autorizar a atividade legiferante do Executivo em situações extraordinárias, justificada pela inviabilidade do procedimento legislativo ordinário.⁷

2.2. A prática do decreto-lei no Brasil

No Brasil os decretos-leis surgem pela primeira vez com a Carta Constitucional de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, previstos nos arts. 12, 13, 14 e 180. No art. 12, estabelecia-se que o Presidente da República poderia ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis mediante as condições e limites fixados no ato de autorização. Por sua vez, o art. 13 fixava limites temáticos de sua incidência, bem como vedação de seu uso no período de dissolução da Câmara dos Deputados ou de recesso parlamentar, enquanto o art. 14 conferia-lhe um campo de competência reservada sobre as matérias que discriminava.

O que é certo, porém, é que como o art. 180 previa que, enquanto não se reunisse o Parlamento, o Presidente da República teria o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União, e, como nunca se reuniu o Parlamento, na verdade, o Executivo, no período do denominado Estado Novo, exerceu em toda a sua plenitude o Poder Legislativo, editando o Presidente Getúlio Vargas, entre a data de outorga da Carta (12/11/1937) até a queda da Ditadura, segundo Damous Filho, 9.421 decretos-leis.⁸

E, faça-se justiça ao ditador, no período do Estado Novo, foram editadas as mais importantes leis do País, podendo-se citar, entre outras, o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Consolidação das Leis do Trabalho, ainda hoje vigentes.

Os Constituintes de 1946, certamente que influenciados pela experiência traumática do Estado Novo, em que o Presidente da República substituiu o Parlamento, legislando em todo o período por meio de medidas urgentes, proscreeu do seu texto a figura do decreto-lei.

A experiência jurídica mostrou, contudo, que o Executivo, em face das exigências do Estado intervencionista, não deixou de exercer, embora por via oblíqua, uma atividade legiferante concorrente com o Parlamento, utilizando-se dos decretos regulamentares.

A partir de 1964, os atos institucionais que juridicizaram ilegitimamente o Golpe de Estado e instauraram uma nova ditadura militar reintroduziram o decreto-lei, que, afinal, ficou previsto na Carta de 1967, com a Emenda 01/69, como de competência do Presidente da República, para ser adotado em casos de urgência ou de interesse público relevante, sem que dele decorresse aumento de despesa, sobre as seguintes matérias: segurança nacional; finanças públicas, inclusive normas tributárias, e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Prevía ainda o art. 55 que o decreto-lei teria vigência imediata, não podendo ser emendado pelo Congresso, que ficava limitado a aprová-lo ou rejeitá-lo no prazo de 60 dias, findo o qual, se não houvesse deliberação do Parlamento, o mesmo era tido como tacitamente aprovado. Em caso, porém, de sua rejeição, permaneciam válidos os atos praticados durante sua vigência.

Não obstante a limitação temática dos decretos-leis, a experiência jurídica veio demonstrar, tal como na ditadura de Vargas, que todos os Presidentes da República abusaram do seu uso e legislaram sobre tudo o que bem entenderam, sendo certo que no denominado "Plano Cruzado I", concretizado por decretos-leis, tudo que se possa imaginar foi por ele veiculado, desde sistema financeiro, câmbio, moeda, até locação de imóveis.

Tal prática autoritária e abusiva de uso desse instrumento de urgência, ao que tudo indica, é inerente às classes dirigentes do País e à sociedade brasileira, pois as medidas provisórias, nesses oito anos de prática parlamentar, apesar de terem sido previstas para uso em situações extraordinárias de relevância e urgência, têm sido patologicamente adotadas nas mais inusitadas situações.

2.3 Breve referência ao decreto-lei em Portugal

Em Portugal, no período do constitucionalismo monárquico, embora as Constituições (1826, 1838) não tenham instituído a figura do decreto-lei, o que é certo é que os reis, sobretudo nos períodos de crise, usaram e abusaram desse instrumento extraordinário. A profunda reforma administrativa realizada durante o governo de D. Pedro IV, por Mouzinho da Silveira, foi implementada através de decretos. O Governo administrava por meio de decretos, que depois eram ratificados pelas Cortes ou convalidados por *bill* de indenidade.

A Constituição de 1911 instituiu o decreto-lei como ato editado em razão de autorização legislativa, enquanto a Constituição de 1933 originariamente previa o uso dos decretos-leis não só no caso de autorização legislativa, como no de urgência e necessidade (sem controle político por meio do instituto da ratificação — art. 108/2). Com a revisão constitucional concretizada com Lei de Revisão n. 2.009, de 17/09/1945, o Governo passou a ter uma competência legislativa ordinária paralela à do Parlamento. Prevê-se a ratificação apenas dos decretos-leis publicados no período de funcionamento da Assembléa.⁹

No regime da Constituição atual, o Governo tem uma competência primária e uma competência secundária para editar decretos-leis. Na primeira hipótese, conforme ensina Jorge Miranda, o Governo possui uma competência legislativa reservada, que lhe permite a auto-organização, principalmente no que tange aos seus serviços administrativos (arts. 201, n. 2, e o 186, n. 3); e uma competência concorrente com a Assembléa da República em matérias que a ela não foram privativamente reservadas.

Na segunda hipótese, ainda de acordo com Jorge Miranda, competência do Governo dá-se em relação às matérias de reserva relativa da Assembléa da República (arts. 201, n. 1, *b*, e 168) ou no que toca ao desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevem (art. 201, n. 1, *c*).¹⁰

A Constituição portuguesa, contudo, não concede competência legislativa de urgência ao Governo, o que é inteiramente compreensível em face da ampla atividade legislativa que ela lhe outorgou.

2.4 A repercussão do fenômeno nos Estados Unidos da América

Cabe registrar que os Estados Unidos da América, uma das mais sólidas democracias modernas, não escapam ilesos do cenário de crise que caracteriza a primeira metade deste século. Com efeito, a grave crise econômica surgida em 1929 com a grande depressão exige do Executivo medidas enérgicas e expeditas para afrontar a situação.

Entretanto, o processo legislativo comum mostra-se ineficaz para afrontar a crise, e, por outro lado, torna-se inviável a delegação legislativa ao Presidente dos

EUA, já que o art. I, § 1º, cl. 1, da Constituição estabelece peremptoriamente que “todo o poder legislativo foi atribuído ao Congresso”.

Em face da vedação constitucional e tendo em vista a inadiável e urgente necessidade de o Executivo adotar medidas interventivas no campo da economia, que no seu conjunto ficaram conhecidas como *New Deal*, obrigaram o Congresso, por via oblíqua, a promulgar leis concedendo-lhe disfarçadamente delegação legislativa.

A questão da indevida delegação legislativa foi suscitada junto à Suprema Corte, que, no processo *Shechter Poultry v. United States — 1935*, a despeito de já ter fixado orientação acerca da indelegabilidade desde 1809, quando examinou o *Non-Intercourse Act*, que proibia o comércio com a Grã-Bretanha, na época em guerra com a França, terminou por mudar de orientação jurisprudencial. No exame da matéria, a Corte admitiu válida a delegação, desde que ela contivesse *standards*, limites precisos, fixados de maneira clara e inteligível; caso contrário, se a delegação fosse estabelecida de modo impreciso e vago, sem definição de *standards* precisos, estaria caracterizado não delegação legislativa, mas abdicação do Poder Legislativo pelo Congresso, o que seria manifestamente inconstitucional.¹¹

Como se observa, a legislação governamental é um fenômeno inevitável, pelo que a solução mais adequada e racional é aceitá-lo como tal e juridicizá-lo mediante específica previsão constitucional.

3. A experiência italiana

Julgamos necessário, para melhor enquadramento, compreensão e estudo das medidas provisórias, ainda que de modo aligeirado, examinar-lhes a prática no ordenamento constitucional italiano, a partir da vertente doutrinária, já que sua moldura abstrata, tal como prevista no art. 62 da CF, constitui importação quase *ipsis verbis* do art. 77 da Constituição da República italiana.

Com efeito, dispõe o art. 77 da Constituição italiana:

Il governo non può senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valori di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle camere che, anche sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

A Lei Fundamental italiana, como se vê, em situações extraordinárias de necessidade e urgência, autoriza o Governo a adotar, sob sua responsabilidade,

provvedimenti provvisori con forza di legge, que deverão ser imediatamente apresentadas ao Parlamento para exame, perdendo eficácia desde o início se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias contados da publicação. A Lei Magna italiana prevê, ainda, que as Câmaras poderão regular com lei as relações jurídicas resultantes de decretos não convertidos.

Uma das primeiras questões que se colocaram na Itália, logo no início da adoção dos *provvedimenti provvisori*, foi a concernente à possibilidade de emendas pelo Parlamento. *Livio Paladin*¹² noticia que, no início da prática parlamentar tentou-se vedar as emendas, mas tal orientação restou depois superada.

É que logo chegou-se ao consenso de que o óbice importaria em subtrair do Poder Legislativo o exercício das suas atribuições ordinárias, além de o limitar a ter a mera função de aprovar ou rejeitar a medida, convertendo-a ou não em lei.

Assim, passou-se a admitir à lei de conversão emendas modificativas, que podem ser total ou parcialmente supressivas ou, até mesmo, aditivas. Para *Constantino Mortati* a emenda supressiva opera efeito *ex tunc* enquanto a emenda aditiva contém efeito *ex nunc*.¹³ Já para *Paolo Biscaretti Di Ruffia*, a emenda supressiva pode ser vista, conforme a situação, tanto como negação da conversão e, portanto, efeito *ex tunc*, ou como ab-rogação contemporânea à lei de conversão, operando, nesta hipótese, efeito *ex nunc*.¹⁴

A experiência italiana defrontou-se com outro problema de relevância acrescida: saber se seria ou não possível a reedição de medida provisória decorrido o seu prazo de validade. A prática parlamentar, após décadas de experiências, orientou-se no sentido de admitir a reedição com suporte no argumento de que os requisitos de necessidade e urgência para adoção da medida legislativa podem protrair no tempo e até acentuar-se, bem como no fato de que a mora do Parlamento pode decorrer de óbices regimentais suscitados pela oposição para obstruir-lhe a aprovação, como refere *Paladin* acerca do denominado *decretone* do Governo Colombo.¹⁵

Outro tema de grande relevo discutido na doutrina italiana foi saber se as medidas provisórias estão sujeitas a limites materiais, porquanto o art. 77, que as prevê, não os fixou. A posição doutrinária majoritária é no sentido de que, em princípio, a potestade legislativa não está limitada.

Para *Lavagna*, os *decreti-legge* (termo tradicionalmente usado na doutrina e na prática oficial, não obstante fale o art. 77 da Constituição italiana em *provvedimenti provvisori*), não estão limitados substancialmente porque o seu conteúdo resulta conatural de um especial estado de necessidade e urgência.¹⁶

Assim, a necessidade e urgência são consideradas mesmo como condição do conteúdo e não somente como condição formal do exercício da extraordinária potestade. Desse modo, o poder legiferante do Governo está tão-somente condicionado pela necessidade de que fala o art. 77, sobretudo no que toca ao objeto e conteúdo do ato. O que implica, de um lado, uma extensão e, de outro, uma restrição da competência legislativa de urgência do Governo.

Entende *Lavagna* que os decretos-leis (ontologicamente medidas provisórias no Direito brasileiro) podem disciplinar qualquer matéria por ter essa disciplina caráter temporário e servir para regular *fattispecie* excepcional, carecedor de uma regulamentação inadiável.¹⁷

Por isso, seria equivocado estabelecer *a priori* as matérias subtraídas ao decreto-lei, já que os limites devem ser encontrados não em abstrato, mas em relação à concreta necessidade. Entretanto, a despeito de ser o decreto-lei aprioristicamente ilimitado, é-o, entretanto, limitado do ponto de vista objetivo, em ordem à configuração da particular *fattispecie*, como *fattispecie* sujeita a uma disciplina inadiável.

Distingue, ainda, o constitucionalista peninsular dois tipos de decretos-leis, que correspondem a dois tipos diversos de leis de conversão, como sejam: a) primeiro, aqueles por assim dizer normais, rigorosamente editados conforme o art. 77 da Constituição, embora inadiáveis e provisórios; b) segundo, aqueles fundados em interpretação histórica e extensiva, como atos de mera antecipação legislativa, mas tendencialmente estáveis. Entre estes estão os conhecidos *decreti-catenaccio*, usados em matéria fiscal.¹⁸

Já *Carlo Esposito*, embora aceite que os decretos-leis possam regular, em princípio, quaisquer matérias, estão, entretanto, sujeitos aos seguintes limites materiais: a) o provimento não pode aprovar ou autorizar a aprovação do próprio provimento; b) um decreto-lei não pode proceder à conversão em lei de outro decreto-lei, subtraindo-se à conversão, porquanto tal conduta implicaria suspender-se a funcionalidade do Parlamento; c) o decreto-lei não pode determinar situações irreversíveis, como é o caso de matéria eleitoral de atuação imediata; d) como corolário da hipótese anterior, também a suspensão de disposições constitucionais que venha modificar a estrutura e a organização fundamental do Estado.¹⁹

PARTE II

4. Conceito e natureza jurídica

As medidas provisórias são atos legislativos instáveis adotados pelo Presidente da República, com suporte no art. 62 da Constituição, quando estejam presentes os requisitos de urgência e relevância do assunto.

Na doutrina estrangeira, a natureza jurídica dos atos de urgência e necessidade política tem sido estudada a partir de três vertentes doutrinárias, segundo sistematização feita por *Pablo Santolaya Machetti*, como sejam: a) eventualidade disciplinada pelo Direito; b) poder delegado ao Executivo; c) poder próprio outorgado ao Executivo. Examinemos sumariamente cada uma dessas correntes no que toca aos seus fundamentos principais.²⁰

a) Eventualidade disciplinada pelo Direito ou fatos consentidos pelo Direito

Para esta corrente doutrinária, liderada por *Carlo Esposito*, a edição de atos legislativos de urgência (decretos-leis, medidas provisórias etc.) seria, em princípio, ato ilícito até o momento de sua conversão em lei; essa conversão operaria como uma espécie de *bill* de indenidade a convalidar o vício de origem.²¹

Tal argumentação é desenvolvida em grande parte com fomento em interpretação de índole histórica acerca do art. 77 da Constituição da República italiana.

É que, segundo informa *Esposito*, embora tenha nos trabalhos da Segunda Subcomissão da Assembléia Constituinte italiana prevalecido a tese de que a Constituição deveria silenciar acerca dos decretos-leis, admitiu-se porém que, em casos extraordinários e excepcionais, o governo poderia agir, mas sob sua responsabilidade, podendo, *a posteriori*, obter um *bill* de indenidade junto ao Parlamento com sua conversão em lei.²²

Reconheceram-se, assim, a inevitabilidade dos decretos-leis e que o silêncio da Constituição, no lugar de solucionar o problema, poderia até mesmo agravá-lo, deixando, inclusive, campo aberto à livre atuação do governo.

Aceito, desse modo, que o estado de necessidade não poderia ser ignorado e reconhecido o perigo e a inevitabilidade do fenômeno, optou-se por dar-se-lhe a necessária disciplina.

O legislador constituinte, de acordo com *Carlo Esposito*, admitindo na prática a inevitabilidade da adoção de provimentos de necessidade e urgência por parte do governo, limitou-se a disciplinar tal fenômeno, sem, contudo, criar um instituto jurídico.

Tal conclusão é extraída pelo renomado jurista: a) da circunstância de que o governo é responsável pelo mero fato da adoção da medida, o que é incompatível com a idéia de competência ou de legitimidade para sua adoção; b) os provimentos têm eficácia incerta e dependente das decisões das Câmaras e se transformam em provimentos formalmente diversos, o que mostra que o governo tem a possibilidade, mas não o poder ou a competência de adotá-los.²³

Como se observa, a doutrina que se acaba de expor acha-se hoje praticamente limitada a seu autor e não tem como sustentar-se, mesmo porque, como fatos disciplinados pelo Direito, os provimentos de urgência, em tal concepção, ficariam imunes a controle jurisdicional enquanto não convertido em lei, o que constitui um paradoxo, pois o mesmo raciocínio que nega competência legislativa ao governo por via oblíqua, também nega controle aos seus atos de urgência.²⁴

b) Poder jurídico delegado ao governo

Para esta corrente doutrinária, os atos de urgência do governo, adotados em situações extraordinárias, não constituem uma competência primária do Executivo,

mas ancilar, secundária, a depender sempre da atuação subsequente do Parlamento para apreciar-lhe os pressupostos habilitadores, já que a função de legislar lhe pertence por direito próprio.

Por isso, o Executivo, quando atua nas situações anormais, especialmente enquadradas na moldura abstrata que lhe traça a ordem jurídica, o faz como substituto provisório do Parlamento e, portanto, por delegação deste, e não por direito que lhe seja próprio.

Embora bem construída, tal tese é criticável pelo fato de admitir delegação tácita e geral de poderes legislativos ao Executivo a cada instante em que apareça uma situação de necessidade e urgência. Isso porque o instituto da delegação legislativa, seja no âmbito da ordem jurídica brasileira, italiana ou espanhola, tem disciplina rígida e expressa em normas que estabelecem a matéria a ser veiculada, prazos, entre outros critérios.²⁵

c) Poder próprio do governo

Para esta vertente doutrinária, os atos de urgência do Executivo constituem-se, com efeito, verdadeiro poder legislativo conferido ao governo, como resultado das mutações econômicas, política e jurídica pelas quais passou o Estado.

Entretanto, essa potestade é extraordinária e sujeita a limitações e estreitos pressupostos de urgência e necessidade, portanto bem distinta do poder legiferante do Parlamento, que é ordinário e, em princípio, ilimitado, ou melhor, só encontrando limites na Constituição.

Aderindo a essa corrente doutrinária, sustenta *Pablo Machetti* que a produção normativa do governo por meio de decretos-leis constitui poder próprio outorgado pela Constituição (art. 77, na italiana, art. 86, na espanhola, e art. 62, na brasileira), sendo, portanto, um poder permanente e institucionalizado, embora não seja uma potestade geral e idêntica à do Parlamento, posto que se acha condicionada à ocorrência de situações extraordinárias.²⁶

5. Pressupostos habilitantes: relevância e urgência

Como já fixado, as medidas provisórias, tais como previstas na Constituição, são providências de índole legislativa, com força de lei, embora lei não sejam, inseridas no âmbito da competência do Chefe do Poder Executivo da União, para serem deflagradas em situações anormais.

É dizer: quando a utilização da via legislativa ordinária mostra-se inidônea ou ineficaz para a salvaguarda de relevantes interesses públicos, dotou a Constituição o Presidente da República de poderes especiais para não só deflagrar o processo legislativo, por via sumaríssima, que é a medida provisória, como também e de modo anômalo, dotando-a de força de lei.

Melhor explicando, a medida provisória tem a um só tempo duas características *sui generis*: é ato normativo com força de lei e, simultaneamente, é um projeto de lei reforçado. Por isso mesmo, como ato normativo adotado em situações extraordinárias, sob condição resolutiva, para imediata apreciação do Congresso Nacional, é ato precário e instável.

O art. 62 da Constituição plota os limites do exercício da atividade legiferante do Presidente da República a dois pressupostos ou condições que, se e quando ocorrerem, habilita-o a exercer a competência extraordinária, que são a relevância e a urgência.

A relevância e urgência, com efeito, operam como pressupostos habilitantes para o exercício da competência extraordinária do Chefe do Executivo, isto é, na ocorrência de casos qualificados pelas notas de relevância e urgência, está o Presidente da República autorizado a emitir provimento legislativo provisório, com força de lei.

Cumpre, pois, nesta altura, examinar os pressupostos habilitadores da edição das medidas provisórias: a relevância e urgência.

Examinemos o alcance do primeiro pressuposto. A compreensão da palavra “relevância” passa necessariamente pelo vernáculo e há de ser buscada primariamente no léxico. Na língua portuguesa, “relevância” significa o que é relevante, ou seja, o que relewa, o que sobressai, mostra-se saliente, importante; como substantivo, embora de pouco uso, tem ainda o sentido de o necessário, o preciso, o indispensável.

Tais significados, porém, pouco auxílio prestam para a elucidação da questão. É que o conteúdo temático dos atos normativos, inovadores da ordem jurídica, parece não haver dúvida, são, em regra, relevantes. De fato, somente em situações anômalas ou mesmo patológicas é concebível a incidência de atividade legislativa acerca de matérias irrelevantes, desnecessárias ou desimportantes.

Nessa perspectiva, a relevância de que cuida a norma constitucional não pode ser entendida como uma relevância comum, ordinária, porque essa é consubstancial ao processo legislativo comum; ao revés, a dicção constitucional só faz mesmo sentido se o requisito em estudo for dotado de um sentido especial, é dizer — a relevância há de ser reforçada, especialmente qualificada para deflagrar a competência extraordinária do Presidente da República.

Questão complexa e talvez insolúvel é estabelecer ou fixar a noção do que seja relevante para os fins e efeitos pretendidos pela norma constitucional. Pode-se dizer, entretanto, embora com reticências, que a relevância cogitada não deve situar-se nem no grau comum, normal, nem no grau excepcional. Na primeira hipótese, porque dela cuida o processo legislativo comum; na segunda, caracterizada por situações de crise, porque solucionada por mecanismos institucionais próprios.

Se a relevância traz insita uma ampla imprecisão terminológica, difícil de determinar-se empiricamente, o mesmo já não sucede com o pressuposto da urgência, cujo significado tem uma certa densidade objetiva, possível de ser extraído da realidade fenomênica.

Embora não se negue que o conceito de urgência comporte uma certa margem de indeterminação e imprecisão, cumpre assinalar que sua apreciação não se insere no livre juízo de discricionariedade do Presidente da República, eis que é possível, a partir do texto constitucional, com certa objetividade, retirar a noção do que seja urgente.

Cabe averbar, desde logo, que, se as medidas provisórias são adotadas em situações especialmente qualificadas pela norma constitucional, é intuitivo que a noção de urgência afasta a idéia de que a via ordinária de iniciativa possa ser usada.

Portanto, para fazer-se a ponderação do que seja a urgência referida no art. 62 da Constituição e dar-lhe uma certa densidade objetiva, cumpre realizar duas operações lógicas dentro do sistema: a) admitir que o processo legislativo ordinário é ineficaz para obviar a situação que reclama atuação legislativa do governo; b) afastada essa hipótese, avaliar se a situação pode ainda ser equacionada pelo processo sumário ou abreviado, previsto nos §§ 1º e 2º do art. 64 da CF, que autorizam o Presidente da República a solicitar urgência na apreciação de projetos de sua iniciativa sobre os quais a Câmara dos Deputados e o Senado Federal deverão manifestar-se no prazo de 45 dias.

Admitido, assim, que a situação fática, dada a sua urgência urgentíssima, não comporta solução, seja no âmbito da via legislativa ordinária, seja no bojo do processo legislativo sumário ou abreviado, resta inegavelmente configurado o *periculum in mora* a permitir a adoção da providência legislativa extraordinária.

6. A reedição de medida provisória

Questão polêmica que tem levantado acesos debates na doutrina brasileira é saber se a medida provisória, decorrido o prazo constitucional, sem deliberação do Congresso Nacional, pode ser reeditada pelo Presidente da República. Há, porém, de distinguir duas situações: primeiro, a hipótese de rejeição tácita; segundo, a de rejeição expressa pelo Parlamento. Examinemos a primeira situação.

Para um segmento expressivo da doutrina nacional, a renovação de medida provisória é vedada, na hipótese, porque a falta de manifestação do Congresso importa em rejeição tácita.²⁷

É que, segundo magistério de Damous Filho, em dissertação de Mestrado, se o Congresso se absteve de deliberar, “é porque entendeu, tacitamente, não estar configurada matéria urgente e relevante, salvo se a abstenção tenha outro motivo calcado em força maior ou em atentado às normas constitucionais e regimentais que regulam o processo legislativo”.²⁸

Na esteira dessa vertente doutrinária, não acolhida pelo Congresso, a medida, estará ela, *ipso facto* irremediavelmente repudiada, pelo que sua reedição importaria em manifesto desafio à autoridade do Legislativo.

Para além dessas razões, há, com efeito, um argumento que impressiona: aceito que a medida provisória possa ser renovada pela falta de rejeição expressa, está-se a admitir, pelo menos em tese, que ela possa ser renovada a cada 30 dias por período de tempo indeterminado.

De fato, chancelada a reedição de medida provisória rejeitada tacitamente ou não deliberada pelo Parlamento, estar-se-á, de certo modo, a aceitar que o Executivo exerça de fato uma competência legislativa concorrente com o Congresso Nacional, com grave vulneração do princípio de separação de poderes.

De outro lado, estão os que entendem, tal como sucedeu na Itália, que a falta de deliberação do Parlamento não inibe o Executivo do exercício da anômala competência legislativa, enquanto os pressupostos habilitadores da medida permanecerem.²⁹

É que a mora do Congresso, para essa corrente, não tem o condão de operar como causa extintiva dos motivos ou razões de relevância e urgência, que constitucionalmente autorizam a adoção dos atos legislativos provisórios.

Se no plano teórico a possibilidade de renovação de medida provisória a cada 30 dias, por falta de deliberação do Congresso, pode revelar-se perniciosa, por permitir de modo absolutamente teratológico que o Executivo substitua de fato o Legislativo, no plano empírico a experiência brasileira veio acolher essa tese, pois essa tem sido ordinariamente a prática parlamentar.

De fato, o Congresso Nacional, ao regulamentar o processo legislativo das medidas provisórias, não só não vedou a sua reedição, como, ao que parece, autorizou-a no § 5º do art. 5º da sua Resolução 01/89.

No caso, porém, de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 293.71600/DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, firmou entendimento de que o Presidente da República não pode renová-la, sob pena de violar a Constituição.³⁰

7. Âmbito temático de desenvolvimento. Limites materiais

A importação das medidas provisórias do modelo constitucional italiano, sem o conhecimento, ao que tudo indica, da sua prática parlamentar no país peninsular, só poderia mesmo causar uma série de perplexidades e dificuldades para sua adaptação ao sistema jurídico brasileiro, seja em razão de circunstancialismos culturais, seja em virtude dos sistemas de governo que imperam em ambos os países.

A primeira dificuldade com que se defronta o intérprete, ao tratar de definir o âmbito temático das medidas provisórias, é verificar que a Constituição, em técnica legislativa deficiente, não definiu que matérias estariam sujeitas à sua incidência.

Sem embargo, aceito que a Constituição seja um sistema lógico de normas, é possível extrair-lhe, embora com algumas hesitações, as matérias que estariam fora da abrangência das medidas provisórias e que constituem seus limites materiais.

Em sede doutrinária, Fran Figueiredo provavelmente terá sido o pioneiro no Brasil a tentar sistematizar e estabelecer alguns princípios conformadores das medidas provisórias.

Para o ilustre professor da Universidade do Distrito Federal, as medidas em estudo estariam sujeitas aos seguintes princípios: *excepcionalidade ontológica; irreversibilidade fática; intangibilidade do ato ou provimento cautelar*.³¹

Princípio da excepcionalidade ontológica

Por este princípio, tem-se que a medida provisória não é lei, embora a ela seja parassimétrica e com ela guarde conexões analógicas. A força de lei que a Constituição lhe confere, e mesmo assim sob condição resolutiva, resulta de mera ficção jurídica.

Logo, tratando-se de provimento instável, previsto para situações de relevância e urgência, o seu uso só é concebível também em situações excepcionais e extraordinárias para tutela do interesse público violado ou ameaçado.

Princípio da irreversibilidade fática

Admitindo-se que a medida provisória é ato transitório e instável, sujeito a limitado prazo de eficácia, para adoção em casos imponderáveis ou pouco ponderáveis, não pode ter campo ilimitado de incidência, sob pena de perverter-se por completo a ordem constitucional.

Dessa forma, pelo princípio da irreversibilidade, devem ser excluídas do âmbito da medida provisória as hipóteses em que sua utilização possa criar situação de fato irreversível.

É que, sendo a provisoriedade atributo da medida que se irradia para seus efeitos, a ordem jurídica resultaria gravemente vulnerada se essa provisoriedade se convolvesse em definitividade não por força do concurso do Congresso, mas pelo esgotamento da situação fática que viesse a tornar-se irreversível.

Nessa perspectiva, estariam excluídas do conteúdo material das medidas provisórias todas as situações, sejam resultantes de fatos humanos, ou de fatos da natureza, ou mesmo de planos de governo ou econômicos etc., desde que fosse viável ponderar que, caso rejeitadas, configurar-se-ia situação fática consumada, impossível de volver ao *status quo ante*.

Intangibilidade do ato ou provimento cautelar

Partindo-se da proposição de que as medidas provisórias só podem ser adotadas em casos extraordinários, e não ordinários, qualificados pelos motivos de relevância e urgência, segue-se que, ao ser adotada, desprende-se do seu autor, que sobre ela não terá mais qualquer injunção, pelo que fica imediatamente afetada à competência do Congresso, único juiz do seu destino.

Corolário desse princípio é que, em primeiro lugar, o Presidente da República não pode dela desistir ou revogá-la, ainda que desapareça o motivo que lhe deu causa. Desligada do seu editor e sujeita à livre apreciação do Parlamento, somente este poderia avaliar a ocorrência da cessação dos seus motivos e extinguir-lhe os efeitos.

A segunda consequência desse princípio é que as supervenientes alterações que o Executivo queira introduzir-lhe só poderá fazê-lo por intermédio de suas lideranças parlamentares; caso contrário haveria verdadeira subversão do instituto e danosa perturbação à pauta do Congresso Nacional.

Se, no Direito italiano, a doutrina em princípio admite, como se viu, que quase todas as matérias se veiculem por meio dos *decreti-legge*, no Brasil, a doutrina praticamente unânime tem entendido que, embora a Constituição não estabeleça limites explícitos ao âmbito de incidência das medidas provisórias, elas estão implicitamente sujeitas a uma série de limitações, que podem ser extraídas de uma interpretação lógica do ordenamento constitucional.

Com efeito, a medida provisória não pode disciplinar matérias sobre as quais a Constituição vedou delegação legislativa ao Presidente da República (art. 68, § 1º). Por isso, não pode incidir sobre matéria objeto de reservas absolutas do Congresso Nacional (CF, art. 49), da Câmara dos Deputados (CF, art. 51) e do Senado Federal (art. 52), de lei complementar, bem como sobre as seguintes matérias: I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

8. A disciplina das relações jurídicas decorrentes de medida provisória rejeitada

Cumpra nesta epígrafe examinar as questões emergentes de medida provisória rejeitada pelo Congresso, aqui considerada não apenas a hipótese de rejeição expressa, como a de rejeição tácita.

A norma constitucional é peremptória ao proclamar que as medidas provisórias não convertidas em lei, no prazo de 30 dias, perderão a eficácia desde a edição, devendo, entretanto, o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

De fato, por serem atos legislativos anômalos, com os atributos da provisoriedade e instabilidade, as medidas provisórias, em face do princípio da irreversibilidade fática, não podem pretender disciplinar situações definitivas.

Por isso, a caducidade do provimento apaga *ex radice* os efeitos produzidos, retornando a situação pretendida disciplinar, pelo menos em tese, ao *status quo ante*. Nessa vertente, o provimento provisório rejeitado opera efeitos *ex tunc*, desconstituindo as relações jurídicas em decorrência dele criadas.

Para a hipótese de introdução de emendas na lei de conversão, parece certo que terão elas, se ablativas, efeitos retroativos por serem provisórias as normas suprimidas (*ex tunc*); se aditivas, inovadoras da ordem jurídica, os seus efeitos são prospectivos, ou seja, para o futuro, a contar da sanção da lei (*ex nunc*).

Questão delicada é saber como ficarão as relações jurídicas resultantes de medida provisória caduca, se o Congresso não as regulamentar, como manda o dispositivo constitucional.

A perda de eficácia retroativa de medida provisória, em decorrência da sua não-conversão em lei, de fato, obriga o Congresso a disciplinar as relações jurídicas por ela criadas e, se este não o faz, omitindo-se, incorre em mora, legitimando, *ipso facto*, o lesado a impetrar mandado de injunção, com fomento no art. 5º, LXXI, da CF, que o autoriza sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Tem-se sustentado, ainda, que o Parlamento incorre em inconstitucionalidade por omissão, visto que, na hipótese vertente, está obrigado a promover a iniciativa legislativa.³²

Tais soluções, contudo, não têm o condão de obviar o problema, visto que o Supremo Tribunal Federal, tanto na ação direta de inconstitucionalidade como no mandado de injunção, tem-se limitado a reconhecer a mora do Congresso e recomendar-lhe a iniciativa legislativa.

A pleora de ações na Justiça promovidas por pessoas lesadas tem levado a uma construção doutrinária no sentido, primeiro, de reconhecer que as medidas provisórias perdem vigência, e não eficácia, disso decorre que as normas com elas incompatíveis ficam revogadas sob condição resolutiva. Assim, se a medida provisória não é convertida em lei, as normas por ela revogadas voltam a ter vigência. Entretanto, como uma espécie de novação, voltam como normas novas.

Corolário desse raciocínio é que as normas reintroduzidas no ordenamento jurídico não poderiam desconstituir, por exemplo, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, resultantes de medida provisória rejeitada.³³

9. Controle jurisdicional

Adota o Brasil o controle jurisdicional difuso e o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público. O primeiro tipo historicamente surgiu como consequência do precedente firmado pela Suprema Corte norte-americana no célebre caso *Marbury versus Madison* em 1803. Na decisão, a Corte, então presidida pelo grande Juiz *Marshall*, sustentou a doutrina de supremacia da Constituição e que, havendo conflito entre ela e a lei, o juiz deve aplicar a Constituição. Nesse sistema, em regra, qualquer juiz está investido no poder de não aplicar uma lei que viola a Constituição.³⁴

O controle difuso foi instituído no Brasil com o Decreto n. 848, de 11/10/1890, e assimilado, a partir de então, pela Constituição de 1891 e mantido pelas

sucessivas Constituições de 1934, 1946, 1967, com a Emenda 01/69, e pela Constituição de 1988. Na sistemática desse modelo, a decisão que proclama a inconstitucionalidade só tem efeito *inter partes*. No caso, porém, de decisão do Supremo Tribunal Federal, comunicada esta ao Senado, este poderá suspender a execução da lei em todo o território nacional, dando, portanto, efeito normativo à decisão (CF, art. 52, X).

O sistema concentrado, pioneiramente adotado pela Constituição austríaca de 1920, foi inaugurado no Brasil com a Emenda 16, de 26/11/1965, à Constituição de 1946, que instituiu o controle abstrato de leis federais e estaduais. Estava legitimado para representar a inconstitucionalidade no STF apenas o Procurador-Geral da República. No regime da Constituição de 1988, tal legitimação foi generosamente ampliada (art. 103), estando autorizados também a intentar a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa de Assembléia, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A medida provisória, como ato normativo do Poder Público, com força de lei, está sujeita tanto ao controle difuso como ao controle concentrado de constitucionalidade.

A primeira questão que se coloca e talvez a mais delicada é saber se os pressupostos habilitantes da medida estão sujeitos à fiscalização pelo Judiciário. Em linha de princípio, pode afirmar-se, com pouca hesitação, que o Presidente da República tem uma larga margem de liberdade para ponderar o que é relevante, necessário e urgente para o Governo.

Assim, em princípio, o juízo de valor do Executivo sobre a situação fenomênica que reclama a intervenção legislativa extraordinária estaria indene a controle jurisdicional; mas há de notar que os pressupostos são sempre limites formais ao uso das medidas, de modo que o controle ficaria limitado a situações caracterizadas por manifesto abuso do Presidente da República na invocação da urgência e relevância.

Na Itália, *Santolaya* noticia que a Corte Constitucional não teve ainda oportunidade de enfrentar a questão e que majoritariamente a doutrina considera que o conceito de extraordinária e urgente necessidade supõe simplesmente uma valoração política, de oportunidade, cujo exame fica reservado ao juízo político do Parlamento, sem qualquer possibilidade de controle jurisdicional, salvo quando caracteriza o “excesso de poder legislativo”.³⁵

Na Espanha, o Tribunal Constitucional, a despeito de entender que a hipótese de fato que permite o uso do decreto-lei não exige necessidades extremadas ou absolutas, admitiu, na Sentença 29, de 31/05/1982, que poderá, em hipóteses de uso abusivo ou arbitrário, rechaçar a definição que os órgãos políticos tenham dado a uma situação determinada.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, como regra, admite que o Presidente da República tem uma larga margem para ponderar a situação emergencial que requer a intervenção legislativa; mas a Suprema Corte, no entanto, ao menos nas vozes de alguns dos seus juizes, aceita que os pressupostos de relevância e urgência para adoção de medidas provisórias não estão totalmente imunes a controle jurisdicional, como na hipótese de abuso manifesto.³⁶

Anote-se, por último, que o controle jurisdicional das medidas provisórias tem sido deficiente e problemático. É que, em todas as situações em que a medida perde a eficácia pelo transcurso do prazo estabelecido para sua conversão ou ainda na hipótese de outra medida ser reeditada, no mesmo sentido, por não ter sido a anterior examinada tempestivamente, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a ação direta de inconstitucionalidade perde o objeto, ficando, pois, extinta sem julgamento do mérito.³⁷

10. A proposta de limitação do âmbito temático das medidas provisórias por meio de lei complementar. A inconstitucionalidade da proposição

O uso abusivo das medidas provisórias por parte do Executivo tem gerado nos meios políticos democráticos a nítida impressão de que o instituto não pode permanecer como se acha no texto constitucional, sem uma precisa definição do âmbito temático de sua incidência.

Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar 223, já aprovado na Câmara dos Deputados, que tem por escopo a limitação das medidas provisórias com fomento no parágrafo único do art. 59 da Constituição, que prevê a regulamentação por meio de lei complementar do procedimento de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

O Projeto que se processa no Parlamento exige, preliminarmente, que o Presidente da República motive os pressupostos habilitadores da medida, declinando as razões que justifiquem a urgência da iniciativa e a relevância da matéria versada, bem como fundamente a sua juridicidade e constitucionalidade (art. 1º). Limita a uma única vez a renovação da medida, mas somente na hipótese de sua não-apreciação, no prazo de 30 dias, pelo Congresso Nacional.

Por sua vez, o art. 2º circunscreve a sua utilização às matérias reguláveis por lei ordinária, vedando-lhe o poder de emendar, modificar ou complementar a Constituição e tratar de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas. De igual modo, torna a medida provisória, antes de sua conversão, insuscetível de ser retirada, revogada, ab-rogada, modificada ou suspensa por outra medida provisória (art. 10).

Comprimindo ainda mais o campo de veiculação dos atos provisórios do Executivo com força de lei, proíbe a sua adoção em relação às seguintes matérias: I — que tratam de legislação sobre a qual é vedada a delegação legislativa pelo Con-

gresso Nacional (CF, art. 68, § 1º), como sejam: a) organização do Poder Judiciário, do Ministério Público, a carreira e garantia de seus membros; b) nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; c) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamento; II — contenham matéria que constitucionalmente preveja a necessidade de autorização do Congresso Nacional para a prática de atos pelo Presidente da República; III — matéria penal; IV — disponham sobre contas correntes bancárias e depósitos de poupança; V — versem sobre matéria constante de projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e encaminhado à sanção presidencial nos 30 dias imediatamente anteriores à publicação da medida.

Paralelamente à limitação temática da medida provisória, o Projeto prevê também a sua conversão em projeto de lei de iniciativa do Executivo para a hipótese de ser inadmitida pela ausência dos pressupostos de urgência e relevância (art. 4º). Por fim, para os casos de o Congresso não regulamentar, em 60 dias, as relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertidas em lei, estatui-se a conservação dos efeitos dela resultantes.

Essas, em linhas gerais, as importantes inovações que se pretende introduzir na ordem jurídica com o objetivo de limitar o exercício da competência legislativa de urgência do Presidente da República em face da vacuidade e omissão constitucional.

Para já é de antecipar-se que o Projeto de Lei 223, tal como está concebido, se aprovado, violará, em quase todas as suas disposições, de modo frontal, a Constituição.

Em primeiro lugar, diga-se que a exigência de o Presidente da República motivar circunstanciadamente a medida, seja quanto aos seus pressupostos habilitantes (relevância e urgência), seja em relação ao seu mérito (juridicidade e constitucionalidade), não consta do art. 62 da Constituição.

Ora, se o legislador constituinte não estabeleceu a exigência de fundamentação dos pressupostos habilitantes da medida, é manifesto que o legislador infraconstitucional não pode fazê-lo. Se o fizer, estará a arrogar-se o poder de modificar a Constituição, com grave atentado aos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático que ela pretende concretizar.

Com efeito, aceito que o poder fundante do Estado, ao discriminar as competências dos órgãos de soberania, podendo estabelecer o requisito de justificação da medida de urgência, omitiu voluntariamente ou não quis mesmo prever esse pressuposto, como admitir que lei complementar possa estabelecê-lo? Aceitar tal possibilidade seria criar perigoso e grave precedente para violação de outras normas constitucionais.

De igual modo e pelas mesmas razões, a lei infraconstitucional não pode criar, porque também a Constituição não o quis, o dever de fundamentação do mérito do ato provisório no que toca à sua constitucionalidade e juridicidade.

No que tange ao já referido art. 11 do Projeto, a disposição nele constante no sentido de que serão conservadas as relações jurídicas decorrentes de medida pro-

visória, total ou parcialmente não convertida em lei, caso o Congresso não as regulamente no prazo de 60 dias, é gritantemente inconstitucional, pois viola o parágrafo único do art. 62 da Constituição, que prevê efeito rigorosamente inverso.

Observe-se, por outro lado, que a ausência de justificação do ato presidencial, embora pareça, não constitui potestade absoluta do Executivo, eis que seu controle *a posteriori* pelo Parlamento é imediato e dá-se nos cinco dias subseqüentes à sua publicação, conforme estatui o art. 5º da Resolução 01/89 do Congresso Nacional. Para além desse argumento, não se pode esquecer que a fiscalização jurisdicional dos pressupostos do ato de urgência, em princípio, não está excluída.

Cumpra afirmar, nesse passo, que os abusos concretizados pelo Executivo resultam, na verdade mesmo, não tanto da omissão da Constituição e muito mais da omissão do Congresso Nacional, que, no sistema de freios e contrapesos por ela previsto, vem abdicando, na prática, de sua competência de fiscalizar os pressupostos habilitadores da medida.

11. Conclusões

Cumpra, nesta epígrafe, fazer a tessitura das idéias desenvolvidas ao longo deste trabalho de modo que seja possível inventariar as proposições cardeais e apresentar as conclusões a que se chegou.

É possível, a partir das asserções expendidas, extrair algumas idéias básicas acerca da experiência brasileira das medidas provisórias, como sejam:

1) A legislação governamental é um fenômeno inevitável e resulta, entre outras causas, da intervenção estatal no domínio econômico e do estado de necessidade legislativa provocado pelas graves crises experimentadas pelos Estados ao longo sobretudo deste século.

2) A medida provisória, o decreto-lei (ou que nome tenha o ato do Executivo com força de lei) representa o reconhecimento da inevitabilidade do fenômeno e uma racional e adequada tentativa de juridicizá-lo em sede constitucional.

3) As medidas provisórias previstas no art. 62 da Constituição brasileira constituem uma importação quase *ipsis litteris* dos *decreti-legge* disciplinados pelo art. 77 da Constituição italiana.

4) Como atos de urgência e necessidade política do Presidente da República, as medidas provisórias trazem verdadeira competência legislativa do Executivo, portanto poder permanente e institucionalizado, embora seja potestade extraordinária, e não ordinária como a do Parlamento, sujeita, assim, a limitações e aos estreitos pressupostos de relevância e urgência do art. 62 da Constituição Federal.

5) O sistema de freios e contrapesos adotado pela Constituição de 1988 não se compagina com a reedição de medida provisória, seja tácita ou expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional. Admitir a reedição de medida provisória porque

foi tácita a sua rejeição significa aceitar que ela possa ser renovada a cada 30 dias por tempo indeterminado, com a consequência de o Parlamento ser substituído pelo Executivo: anuir com a idéia de que a medida expressamente recusada possa ser reeditada importa em assentir com a violação do princípio de separação de poderes.

6) A medida provisória, acolhida pela Constituição de 1988, é ato legislativo anômalo do Poder Executivo, que tem a um só tempo duas características *sui generis*: é ato normativo com força de lei e, simultaneamente, uma espécie de projeto de lei reforçado. Por ser ato normativo adotado em situações extraordinárias, sob condição resolutiva, para imediata apreciação do Congresso Nacional, é ato precário e instável.

7) O controle jurisdicional de constitucionalidade da medida provisória é idêntico ao da lei. Entretanto, no que toca aos pressupostos habilitantes da medida, a fiscalização do Judiciário é limitada, pois o Presidente da República tem uma ampla margem de liberdade para ponderar o que é relevante, urgente e necessário para o governo; sem embargo, os pressupostos da medida são sempre limites formais ao seu uso, de modo que a atuação do Judiciário deverá reservar-se a situações extremadas, quando houver invocação abusiva ou arbitrária do que seja urgente e relevante. Isso porque, no sistema de freios e contrapesos, o Congresso Nacional já controla, pelo menos em tese, os pressupostos da medida (art. 5º da Resolução 01/89 do Congresso Nacional).

8) Embora a Constituição não estabeleça limites explícitos ao âmbito temático de desenvolvimento das medidas provisórias, elas estão sujeitas a uma série de limitações, que podem ser extraídas de uma interpretação lógica do ordenamento constitucional. Assim, não podem:

a) disciplinar matérias sobre as quais a Constituição vedou delegação legislativa ao Presidente da República (CF, art. 68, § 1º); incidir sobre matéria objeto de reservas absolutas do Congresso Nacional (CF, art. 49), da Câmara dos Deputados (CF, art. 51) e do Senado Federal (CF, art. 49); b) regulamentar matéria reservada a lei complementar e não tratar dos seguintes assuntos: I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (CF, art. 68, § 1º).

9) Por serem atos legislativos anômalos, com os atributos da provisoriedade e instabilidade, as medidas provisórias, em face do princípio da irreversibilidade fática, não podem pretender disciplinar situações definitivas.

10) A caducidade do provimento legislativo, em regra, apaga *ex radice* os efeitos por ela produzidos, retornando a situação pretendida disciplinar ao *status quo ante*, as emendas na lei de conversão, se ablativas, terão efeitos *ex tunc*; se aditivas, inovadoras da ordem jurídica, terão efeitos prospectivos (*ex nunc*).

11) O Projeto de Lei Complementar 223, que tramita no Congresso Nacional, já aprovado na Câmara dos Deputados e que tem por finalidade limitar o uso das

medidas provisórias, se aprovado tal como concebido, será em todos os seus termos inconstitucional, conforme analisado no item 10. A regulamentação das medidas provisórias deve ser veiculada por modificação do texto constitucional.

12) A experiência brasileira demonstra que o Presidente da República tem feito uso abusivo das medidas provisórias para disciplinar matérias que não reclamam intervenção legislativa urgente, banalizando sua utilização e exercendo verdadeira competência legislativa ordinária paralela ao Congresso Nacional.

13) Urge que se discipline imediatamente as limitações a essas medidas, mas em sede constitucional, na forma do Projeto de Lei Complementar que tramita no Congresso Nacional, de modo que seu uso fique restrito às situações de real urgência e necessidade.

12. Bibliografia

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1991.

ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-lei na Constituição de 1967*, Revista dos Tribunais.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*.

CAVALHEIRO ARAÚJO, Olga. "Medidas Provisórias — Competência do Poder Executivo nos termos da Constituição Federal", *Síntese Trabalhista* n. 27, setembro de 1991.

DAMOUS FILHO, Wadih Nemer. *As Medidas Provisórias na Constituição de 1988*, dissertação de Mestrado PUC/RJ.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. "O Estado de Direito e as Medidas Provisórias", in: *RT*, abril de 1990, v. 654.

DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias*, 1991.

DERZI, Misabel A. M. "Medidas Provisórias, sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos", in: *Revista de Direito Tributário*, n. 45, 1988.

DI CIOLO, Vittorio. *Questioni in Tema di Decreti-Legge*, Milano, Giuffrè, 1970.

ESPOSITO, Carlo. "Decreto-legge", in: *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1992.

FIGUEIREDO, Fran. "As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro", in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 110, Brasília, 1991.

FRANCO, Alberto Silva. "A Medida Provisória e o princípio da legalidade", in: *RT*, v. 658, outubro de 1989.

GRAU, Eros Roberto. "Medidas Provisórias na Constituição de 1988", in: *RT*, v. 658, agosto de 1990.

GUIMARÃES, Lázaro. "O domínio do provisório", in: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, n. 28, março de 1991.

HORTA, Raul Machado. *Estudo de Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HUARTE-MENDICOA, Ignacio Astarola. "Teoria y practica del decreto-ley en el ordenamiento español", in: *Revista de Administración Pública*, n. 106, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero-abril, 1985.

LAVAGNA, Carlos. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 5ª ed., UTET.

MACHADO, Hugo de Brito. "Efeitos de Medida Provisória Rejeitada", in: *RT*, v. 700, fevereiro de 1994.

MACHETTI, Pablo Santolaya. *El Regimen Constitucional de los Decretos-Leyes*, Madrid: Tecnos.

MELLO, Celso Bandeira de. "Perfil Constitucional das Medidas Provisórias", in: *Revista de Direito Processual*, n. 95.

MELLO FILHO, José Celso. "Considerações sobre as Medidas Provisórias", in: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 33, junho 1990.

MIRANDA, Jorge. "Decreto", in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coimbra, 1974.

_____. *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, Tomos I e II, Coimbra, 1982, Tomo III, Coimbra, 1983.

_____. "A Competência do Governo na Constituição de 1976", in: *Estudo sobre a Constituição*, v. III, Lisboa, 1979.

MORTATI, Constantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, CEDAM, Tomo 2, 1976.

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OBERDORFF, Henri. *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, Paris: Editora La Documentation Française, 1994.

PALADIN, Livio. *Comentario della Costituzione — La Formazione delle Leggi*, Bologna: Zanichelli Editore, Tomo 2, 1979.

ROTHENBURG, Walter Claudius. “Medidas Provisórias e suas necessárias limitações”, in: *RT*, v. 690, abril de 1993.

RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Diritto Costituzionale*, Napoli, 1972.

SALAS, Javier. *Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional*, Estudios sobre la Constitución Española (homenaje al profesor Eduardo García de Enterría), Tomo I. El Ordenamiento Jurídico, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991.

SEGURA, Luis J. “El control de los decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la sentencia de 2 de diciembre de 1983 recaída en el caso Rumasa”, in: *Revista de Administración Pública*, n. 104, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto, 1984.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. “Medida Provisória deve ser regulamentada por lei complementar nos termos do art. 59 da Constituição Federal. O espectro de atuação da Medida Provisória tem como limite aquele permitido à Lei Delegada nos termos do art. 568 da Constituição Federal (Parecer)”, in: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 75, abril de 1990.

SORIANO, José Eugenio. “Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española”, in: *Revista de Administración Pública*, ns. 100-102, v. I, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, enero-diciembre, 1983.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. “As Medidas Provisórias e o Mandado de Injunção”, in: *RT*, out./dez./1992.

VESTI, G. *El Decreto-Legge*, Jovene, Napoli, 1967.

Notas:

1 — No momento em que encerrávamos a elaboração do presente trabalho, em 25/09/1996, o *Diário Oficial da União* publicava a MP 1.520*, o que corresponde — a partir de 5 de outubro de 1988 —, data de vigência da Constituição, a uma média de 15,5% de medidas por mês. Se excluirmos os sábados e domingos (dias não úteis), temos patologicamente uma média de quase uma medida provisória por dia.

* A MP 1.520 dispõe sobre a novação de dívidas e responsabilidades do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS); altera o Decreto-Lei 2.406, de 05/01/1988, e as Leis 8.004 e 8.100, de 14/03/1990 e 05/12/1990, respectivamente; e dá outras providências.

2 — O art. 5º da Resolução 01/89 dispõe:

“Art. 5º A Comissão terá o prazo de cinco dias, contado da publicação da medida provisória no *Diário Oficial da União*, para emitir parecer que diga respeito à sua admissibilidade total ou parcial, tendo em vista os pressupostos de urgência e relevância a que se refere o art. 62 da Constituição.

§ 1º O parecer, em qualquer hipótese, e sem prejuízo do normal funcionamento da Comissão, será encaminhado à Presidência do Congresso Nacional, para as seguintes providências:

I — no caso de o parecer da Comissão concluir pelo atendimento dos pressupostos constitucionais, abertura de prazo máximo de vinte e quatro horas para a apresentação de recursos no

sentido de ser a medida provisória submetida ao Plenário, a fim de que este decida sobre sua admissibilidade;

II — no caso de o parecer da Comissão concluir pelo não atendimento daqueles pressupostos, convocação de sessão conjunta para deliberar sobre a admissibilidade da medida provisória.

§ 2º O recurso a que se refere o inciso I do parágrafo anterior deverá ser interposto por um décimo dos membros do Congresso Nacional, ou líderes que representem este número.

§ 3º Havendo recurso, a Presidência convocará sessão conjunta, a realizar-se no prazo máximo de vinte e quatro horas do seu recebimento, para que o Plenário delibere sobre a admissibilidade da medida provisória.

§ 4º No caso do inciso II do § 1º, a sessão conjunta deverá ser realizada no prazo máximo de vinte e quatro horas, contado do recebimento, pelo Presidente do Congresso Nacional, do parecer da Comissão.

§ 5º Se, em duas sessões conjuntas, realizadas em até dois dias imediatamente subseqüentes, o Plenário não decidir sobre a matéria, considerar-se-ão como atendidos pela medida provisória os pressupostos de admissibilidade do art. 62 da Constituição Federal."

- 3 — Os constituintes importaram os *provvedimenti provvisori*, previstos no art. 77 da Constituição italiana, pensando que estavam a substituir o autoritário decreto-lei pela novel medida provisória; a doutrina italiana e a própria prática parlamentar do país peninsular, entretanto, não usam a expressão *provvedimenti provvisori* (medidas provisórias), mas sim o termo tradicional de *decreto-legge*. Isso demonstra que não é o *nomen iuris* que dá dignidade a um instituto jurídico, mas seu conteúdo material. A rigor, no plano normativo, o decreto-lei do art. 55 da Constituição de 1967, com a Emenda 01/69, pelo só fato de conter limitações expressas ao seu uso, o que não acontece com a medida provisória, era mais virtuoso que esta. Sobre o uso do termo *decreto-legge*, ver, por todos, LAVAGNA, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p. 317.
- 4 — Cf. Damous Filho, *As Medidas Provisórias na Constituição de 1988*, pp. 8 e ss.
- 5 — Cf. Ferreira Filho, *Do Processo Legislativo*, pp. 123 e ss.
- 6 — Cf. Damous Filho, *ob. cit.*, p. 27.
- 7 — Surgem, portanto, na Itália, os *decreti-legge* com a Lei 100, de 1926, na Espanha, os decretos-leis aparecem com a Constituição de 1931; na França, a Constituição de 1958 prevê as *ordonnances*; no Brasil, com a Carta de 1937, instituiu-se o decreto-lei; também em Portugal, com a Constituição de 1911; aparecem, na Alemanha, os *Rechtsverordnungen*, com a Constituição de Weimar, de 1919 (art. 42, n. 02). Na atualidade, a legislação governamental está prevista, entre outros, nos seguintes países europeus: art. 23 da Constituição do Reinado da Dinamarca de 05/06/1953; art. 86 da Constituição da Espanha de 27/12/1978; art. 44 da Constituição da República da Grécia de 09/06/1975; art. 77 da Constituição da República italiana. Cf. *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, textos reunidos e apresentados por Oberdorff.
- 8 — *Ob. cit.*, p. 50.
- 9 — Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*; Miranda, "Decreto" in: *Dicionário Jurídico de Administração Pública*.
- 10 — Cf. *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, p. 233.
- 11 — Ferreira Filho, *ob. cit.*, pp. 160 e ss. Corwin, Edward, *The President Office and Powers*, New York, 1964, pp. 123 e ss. Observe-se que a mudança de orientação jurisprudencial da Suprema Corte, que permitiu a consolidação do *New Deal* foi o resultado de grave pressão contra ela exercida pelo Presidente Roosevelt. A crise de 1936/37 entre o Executivo e o Judiciário é assim narrado por Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, p. 51: "Em novembro de 1936, fortalecido por significativa reeleição pelo voto de todos os Estados, menos dois, Roosevelt não conseguiu nomear um só ministro novo, nesse primeiro quadriênio, embora seis deles fossem

setuagenários e pudessem aposentar-se sem nada perder dos vencimentos. Chegara o momento de *Roosevelt* ajustar contas com a Corte. Encarregou o Ministro da Justiça *Cummings* e o procurador-geral *Stanley Reed*, que deveria integrar, mais tarde, a Corte, de preparar secretamente um projeto que lhe permitia nomear mais um *justice* para cada um dos efetivos que atingissem 70 anos sem aposentar-se....

Enquanto o projeto marchava no Senado, *Roosevelt* metralhava a Corte, junto ao povo, pelo rádio....

Mas *Hughes* fora sempre um político hábil com visão realística das coisas. Ele mudou de voto e persuadiu o *justice Roberts* a fazê-lo também, em 1937, de sorte que o Governo, tendo ganho alguns feitos em que fora alegada inconstitucionalidade, abandonou o ardor da luta. Assim, o projeto foi derrotado no Congresso, enquanto se modificava a jurisprudência.

Facilitou essa reviravolta a aposentadoria de *Van Devanter*, que, segundo *justice Jackson*, assim procedeu estrategicamente para aplacar o dragão — *Roosevelt*, no caso. 'Sem dúvida', escreve *Samuel Hendel*, em *Ch. E. Hughes and the Supreme Court*, 'eles — os *justices* — também compreenderam que se a Corte continuasse a bloquear a reforma social diante de mandato político, sem precedente, recebido pelo Governo, seria a Corte, e não o *New Deal*, que, por último, sofreria o despojo de qualquer poder'."

- 12 — Cf. *Horta. Estudos de Direito Constitucional*, p. 576. Ver também *Paladin, Comentario della Costituzione — La formazione delle leggi*, p. 57.
- 13 — Cf. *Mortati, Istituzioni di Diritto Pubblico*, p. 710. Afirma o autor que, quando, na lei de conversão, são inseridas modificações, elas assumem valor no momento de entrada em vigor da lei. Sendo as modificações supressivas de determinadas disposições ou parte de disposições do decreto-lei, equivalem à falta de conversão com todos os efeitos próprios da rejeição da conversão. Em sentido contrário, *Fois (Problemi relativi agit effetti della conversione, in Gur. Const., 1968, 180)* sustenta que as emendas supressivas devem assimilar-se aos atos abrogativos, que em regra não são retroativos. Contesta *Mortati* tal opinião, argumentando que ela se choca com a consideração de que o que se pede ao legislador na via principal é um juízo sobre a modificação da situação normativa já verificada e que, portanto, a recusa da convalidação compreende sancionar a ineficácia de tal modificação.
- 14 — Cf. *Ruffia, Diritto Costituzionale*, p. 519.
- 15 — *Apud* Raul Machado Horta, ob. cit., p. 577.
- 16 — Ob. cit., p. 320.
- 17 — Ob. cit., p. 322.
- 18 — Ob. cit., pp. 323/4.
- 19 — Cf. *Esposito, "Decreto-legge"*, in: *Enciclopedia del Diritto*, pp. 842/3.
- 20 — Cf. *Machetti, El regimen constitucional de los decretos-leyes*, pp. 29 e ss.
- 21 — Ob. cit., p. 832.
- 22 — Ob. cit., p. 832.
- 23 — Ob. cit., pp. 832/3.
- 24 — Cf. *Machetti*, ob. cit., p. 33, critica tal construção, que, para ele, curiosamente por negar poder legislativo ao Governo, nega todo controle de seus atos legislativos e, em última instância, a própria consideração de Constituição como norma jurídica ao estar submetida à vontade conjunta dos órgãos de poder. O ponto de vista de *Carlo Esposito* e criticado também por *Constantino Mortati*, ob. cit., pp. 705 e ss.
- 25 — Cf. *Machetti*, ob. cit., p. 35; *Vesti, Il decreto-legge*, pp. 57 e ss.; *Lavagna*, ob. cit., pp. 318 e ss.
- 26 — Ob. cit., p. 36.

27 — Nessa vertente doutrinária, Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, p. 93; Mello, Celso Bandeira de. “Perfil Constitucional das Medidas Provisórias”, in: *Revista de Direito Processual*, n. 95, pp. 28/31; Carrazza, Roque Antônio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, p. 157; Figueiredo, Fran. “As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro”, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 110.

28 — Ob. cit., p. 104.

29 — Com esse pensamento: Horta, Raul Machado. “Medidas provisórias”, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 107, 1990; Caio Tácito. “Medidas Provisórias na Constituição”, in *Revista de Direito Público*, n. 9.

30 — O acórdão referido, cuja ementa se transcreve, expõe sobre o tema a seguinte doutrina:

“As medidas provisórias configuram no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei.

Como a função legislativa ordinariamente pertence ao Congresso Nacional, que a exerce por direito próprio, com observância da estrita tipicidade constitucional que define a natureza das atividades estatais, torna-se imperioso assinalar — e advertir — que a utilização da medida provisória, por constituir exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, subordina-se, em seu processo de conversão legislativa, à vontade soberana do Congresso Nacional.

O que justifica a edição das medidas provisórias é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que certamente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.

A plena submissão das medidas provisórias ao Congresso Nacional constitui exigência que decorre do princípio da separação de poderes. O conteúdo jurídico que elas veiculam somente adquirirá estabilidade normativa a partir do momento em que — observada a disciplina ritual do procedimento de conversão em lei — houver pronunciamento favorável e aquiescente do único órgão constitucionalmente investido do poder ordinário de legislar, que é o Congresso Nacional....

A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória — que possui vigência e eficácia imediatas — inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira *provocatio ad agendum*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei. A rejeição parlamentar de medida provisória — ou de seu projeto de conversão —, além de desconstituir-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo, de natureza cautelar.

Modificações secundárias de texto, que em nada afetam os aspectos essenciais e intrínsecos da medida provisória expressamente repudiada pelo Congresso Nacional, constituem expedientes incapazes de descaracterizar a identidade temática que existe entre o ato não convertido em lei e a nova medida provisória editada....

A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. O Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.”

31 — Ob. cit., pp. 146 e ss. O autor formula ainda o princípio de *impossibilidade cronológica*, que, dada a complexidade do seu desenvolvimento, preferimos dar-lhe a palavra:

"De acordo com o art. 66, § 6º, da Constituição Federal, a medida provisória tem precedência na pauta do Congresso sobre toda e qualquer proposição, inclusive sobre os vetos presidenciais penderes de apreciação. Isto se explica pela necessidade que tem a Nação de saber da propriedade ou impropriedade da medida provisória. É fórmula indutora de ação rápida do Congresso no ajuizamento do conteúdo da medida, cujos pressupostos de admissibilidade são analisados preliminarmente, até decisão final sobre o mérito e a constitucionalidade.... A edição reiterada de medida provisória pode provocar a paralisia institucional do Congresso. Isto tanto mais se agrava, à medida que se considere o mecanismo do veto na Constituição. Neste particular, a hemiplegia do Parlamento se completa. O § 4º do mencionado art. 66 diz, com efeito, que o veto deverá ser apreciado em trinta dias e o § 6º determina o sobrestamento de todas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as medidas provisórias. Embora entendamos que o projeto de lei de conversão de medida provisória não comporta veto, a prática legislativa atual tem-se conduzido por outro caminho. Assim é que, expressiva quantia de projetos de lei, oriundos de medida provisória, têm recebido um número pouco parcimonioso de vetos, tornando ainda mais problemática a assimilação do instituto na experiência positivadora do Direito no Brasil de nossos dias. Pois bem, o Congresso tem o prazo de 30 (trinta) dias para apreciar os vetos do Presidente da República (art. 66, § 4º, da CF), findo o qual a pauta fica obstruída até que se delibere sobre os mesmos.... Ocorre que, sendo editada medida provisória, como já se disse, ganha ela prioridade absoluta sobre a apreciação de toda e qualquer matéria, inclusive sobre o veto (e mesmo sobre o veto apostado em projeto de lei de conversão de medida provisória). Examinemos uma hipótese, que vai aclarar bem esse princípio da impossibilidade cronológica na edição de medida provisória. No primeiro dia útil de determinado mês, o Presidente da República edita uma medida provisória. Recebendo emendas dos parlamentares, após tramitar como projeto de lei de conversão, esse projeto de lei é submetido à sanção do Presidente, que lhe põe 5 (cinco) vetos. Nos dias subsequentes, até o último do mês, o Presidente da República edita mais 9 (nove) medidas provisórias que, transformadas em projetos de lei e levadas à sanção, recebem, em média, mais 3 (três) vetos cada sem que os vetos concernentes à primeira tenham sido apreciados. O que ocorrerá se, em face de outras contingências, o Congresso Nacional não houver apreciado os 5 (cinco) vetos apostos à primeira medida provisória? Após o trigésimo primeiro dia, esses vetos deverão obstruir a pauta, com preferência para votação, mas essa preferência decai em favor da apreciação de novas medidas provisórias. E, assim, sucessivamente, os vetos do Presidente da República às alterações propostas pelo Congresso Nacional, apostos nas medidas provisórias subsequentes, ficarão, de igual sorte, sobrestados. Esgotado o prazo de vigência da primeira medida provisória, sem que seja convertida em lei, o Presidente a reedita. Deparar-nos-emos, então, com a situação esdrúxula em que, artificialmente, se projeta no tempo a duração de uma medida provisória, cujos efeitos, lógica e juridicamente, pelo seu caráter essencialmente provisório, não podem ter duração superior a 30 (trinta) dias, na forma da Constituição. Qual o resultado prático dessa espiral viciosa, cujo móvel psicológico é difícil de apurar ou desvendar? Conferiria ele sempre com a defesa da Constituição ou do interesse público? Ou representaria forma velada de subtrair a ação própria aos atos do Poder Legislativo, emprestando primazia de eficácia unilateral às deliberações do Poder Executivo? Independentemente de uma ou outra resposta, o certo é que as medidas provisórias elasticariam sua vigência, na forma originária, e a possível (ou impossível) derrubada dos vetos já não produziria efeitos práticos."

32 — Cf. *Szklarowsky*, "As Medidas Provisórias e o Mandado de Injunção" in: *RT*, pp. 79 e ss.

33 — Ver por todos *Machado*, Ilugo de Brito. "Efeitos de Medida Provisória Rejeitada", in: *RT*, v. 700.

34 — *Marshall* desenvolve a argumentação de supremacia da Constituição nos termos, *in verbis*:

"Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.

Examinemo-lo, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, hão de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o Tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial.

Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, hão de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aluiria os fundamentos de todas as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso Governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz". A tradução é de Rui Barbosa *apud* C. A. Lúcio Bittencourt in: *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1949, pp. 13/14.

35 — Ob. cit., p. 228.

36 — Cf. votos dos Ministros Moreira Alves, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 162, de 14/12/1989, referente à Medida Provisória 111 (prisão temporária), e Sepúlveda Pertence, na "Ação Direta de Inconstitucionalidade", 628/DF (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, 145/101).

37 — Neste sentido acórdão proferido na ADIn 162/DF, *in verbis*:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória 111/89.

— Não tendo sido convertida em lei a Medida Provisória atacada pela presente ação direta, perde ela, retroativamente, a sua eficácia jurídica pelo transcurso do prazo para a sua conversão, e, assim, por via de consequência, perdeu esta ação o seu objeto.

Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por estar prejudicada em virtude da perda de seu objeto."